Backgrounder Documentation

Consumer and Corporate Affairs Canada
Consommation et Corporations Canada

REFORM OF COMPETITION POLICY IN CANADA:

A CONSULTATION PAPER

MARCH 1985

(disponible en français)

Canada

CCA-1330/10-85

TABLE OF CONTENTS

ADJUDICATION 1

INVESTIGATORY POWERS 5

MERGERS 8

PRENOTIFICATION 12

MONOPOLY 14

CONSPIRACY 16

BANKS 19

CROWN CORPORATIONS 20

REFORM OF COMPETITION POLICY

ADJUDICATION

Introduction

1. The issue of which forum is best suited to adjudicate non-criminal competition cases has been the subject of much debate throughout the history of the amendment process.

2. The Economic Council of Canada's 1969 Interim Report on Competition Policy stated that any shift of competition policy legislation out of the criminal law should be accompanied by the formation of a specialized tribunal. Their rationale was based, in part, on a perceived difficulty which courts might have in exercising judgments based on complex economic arguments and analyses. There was also a stated preference for the flexibility and informality which a tribunal could offer, in contrast with the "strong sense of crime and punishment" of a court setting. The amendments which were passed in 1975 implemented this proposal by identifying certain reviewable trade practices which were subject to the adjudication and remedial orders of the Restrictive Trade Practices Commission.

3. In their 1976 Report on the next phase of the amendments to the Combines Investigation Act, Lawrence A. Skeoch and Bruce C. McDonald re-iterated the need for a specialized adjudicator in combines cases. They also stressed the need to dissociate the specialized adjudicator from departmental policing and policy making functions, so as to ensure impartiality. This latter view has also been expressed by the Supreme Court of Canada in Southam.

4. There is general agreement that competition policy issues involving mergers, monopolies and other related matters should not be dealt with by criminal sanctions, but should be governed instead through the process of civil law. There is less agreement on which adjudicative model would be most suitable for these cases. Past efforts have, at different times, shown a preference for both a specialized economic tribunal and the courts.

Economic Tribunal

5. The use of a specialized economic tribunal has generally been favoured by consumer groups, academics, and the small business community. This model is considered to provide the greatest potential for expertise in economics and business, and to allow more scope for response by the decision-maker to social and economic change. Those who oppose the use of a tribunal are concerned that there would

be less uniform application of the law, engendering uncertainty within the business community. In addition, rights of appeal under the tribunal model would be more restricted than in the ordinary courts, because to allow full right of appeal from the tribunal would lengthen what may already be a too lengthy legal process.

Courts

6. The alternative approach of using the courts has been supported by certain segments of the business community. A factor often cited in support of court adjudication is that courts produce consistent results with clear and full rights of appeal. However, critics of this model question the ability of the courts to exercise the expertise needed for dealing with complex economic arguments. On the other hand, it has been suggested that greater potential exists for the development of this expertise in the courts if such cases were referred to one court - for example, the Federal Court of Canada. In addition, the use of a single court allows for more uniform application of the law in this complex area.

Enforceability

7. The choice for an adjudicator will also have an impact on the enforceability of the criteria sought to be applied. It has been suggested that competition law cannot realistically define many undesirable market situations, except in terms of their economic effect. Such general statutory language allows for flexibility in responding appropriately to market conduct on a case-by-case basis. However, it is sometimes argued that courts are more suited to the objective application of a fixed set of rules, rather than the making of subjective assessments based on general rules set down in broad terms. In a combines context, this means, for example, that the conceptually complex standard for an efficiency defense may not lend itself to clearly defined rules. Such matters may be better dealt with if left to the more sophisticated economic judgment of the adjudicator, who will subjectively assess the evidence to determine whether or not the prohibited effect has occurred.

8. For competition law to be effective, many of its provisions must be phrased in general terms. In choosing the most appropriate adjudicator for such cases, it will be necessary to determine which type (i.e. court or economic tribunal) is most suited to the sophisticated economic judgments required. The ability to choose adjudicators who have, or can develop, the necessary expertise, is also an important consideration.

Expertise

9. In giving consideration to the question of expertise, those who favour the courts have suggested that expertise could be developed through the assignment of superior court judges to competition cases. This is also the thrust of arguments in favour of using the Federal Court of Canada. Another alternative would be to assign the responsibility of adjudicating economic legislation to a special court or a division of an existing court created for the purpose; however, it is doubtful that such a court would have a sufficient caseload to justify its existence.

10. If a specialized economic tribunal is chosen, there would be greater flexibility for the appointment of qualified experts. These people could be drawn from a broad range of experience, including business and the professions. They might also be appointed, on an ad hoc basis, to hear only cases within their area of specialty. A more permanent panel appointed for a period of years is also a possibility. In either case, some have suggested that appointing a Judge as Chairman would ensure greater certainty and procedural fairness in the decision-making process. What is needed is a mechanism for assuring that only highly qualified experts are appointed to this tribunal. A carefully selected tribunal made up of highly qualified experts would improve the confidence of parties appearing before it, both in the tribunal itself and the law which it would seek to apply.

Governor-in-Council override

11. A final issue on the question of who should adjudicate relates to whether there is a need for a Governor-in-Council override in certain cases. There may be situations in which it is not consistent with the economic policy of the government to permit or refuse to permit a particular transaction or course of conduct, notwithstanding the decision of an adjudicator. Such a mecnanism exists, for example, in the case of the C.T.C. and the C.R.T.C. The use of a Governor-in- Council override in these cases makes it easier for the government to harmonize its economic policy with the broader public interest - for instance, for international or regional objectives. This form of input would not be available if the courts were to adjudicate competition cases.

Other considerations

12. Any decision with respect to the proper forum for adjudication of competition cases must also have regard to the present legislative context. Currently the Restrictive Trade Practices Commission (R.T.P.C.) has jurisdiction to issue remedial orders with respect to restrictive trade practices under Part IV.1 of the Act. The R.T.P.C. also authorizes the exercise of investigatory powers, and conducts s. 47 research inquiries into the state of competition in a market or industry. Previous proposals altered the responsibilities of the Restrictive Trade Practices Commission by transferring Part IV.1 matters to the courts, while creating new duties for the Commission with respect to specialization agreements. However, they did not deal with the conflict which exists in the presence of dual functions for the R.T.P.C. Since Southam, it has become clear that this conflict must be removed. In that decision, the Supreme Court of Canada concluded that "the administrative nature of the Commission's investigatory duties ... ill accords with the neutrality and detachment necessary" for it to act in a judicial capacity when authorizing a search and seizure.

13. If a decision is made to refer mergers, monopolies, and existing Part IV.1 matters to the civil courts for adjudication, it will become necessary to consider the advisability of retaining the Restrictive Trade Practices Commission for residual matters. As previously mentioned, past proposals retained the R.T.P.C. for adjudication of specialization agreements, the conduct of research inquiries, and the authorization of the exercise of investigatory powers. The investigatory powers have been discussed in another section of this paper. In regard to research inquiries, it has been suggested that these matters (such as the recent petroleum inquiry) could be dealt with under the Inquiries Act, at the direction of the Minister. The remaining matter to be dealt with would be specialization agreements.

14. In considering whether specialization agreements are more suited for adjudication by a specialized economic tribunal than by the courts, proponents of the former suggest that such trade related issues are too sophisticated and complex to be dealt with by the courts. On the other hand, opponents point out that, for a process which amounts to an exemption from criminal law, a tribunal cannot provide the degree of certainty and uniformity required to ensure fairness.

Summary

15. In summary, the choice of adjudicator is more than a procedural question, it is important to the effective enforcement of competition policy in Canada. The ultimate choice should provide the best possible combination of impartiality, expertise, flexibility, and procedural fairness.

INVESTIGATORY POWERS

Introduction

16. Inquiries under the Combines Investigation Act frequently involve the weighing of a firm's behavior against the economic effects that could result. Because of the complexity of this analysis, it is common for combines inquiries to involve a large number of documents spanning a long period of time. This process is complicated further when proof of intent is required, or the criminal burden of proof, beyond a reasonable doubt, must be met. Enforcement of legislation involving these critical factors requires unique investigatory powers.

17. The present Combines Investigation Act provides the Director of Investigation and Research with the power to inquire into possible violations of the Act through a number of means. These include the powers to search premises and seize documents (s. 10), to require written returns of information (s. 9) and affidavit evidence (s. 12), and to subpoena witnesses for the purpose of giving oral testimony or the production of documents (s. 17).

18. These investigatory powers have a long history. In 1910, the Combines Investigation Act was passed into law by Parliament for the express purpose of establishing a specialized agency to enforce the law on competition. There was a recognition on the part of Parliament that the fulfillment of this mandate required broad investigatory powers. However, it has now become necessary to open up these provisions and make a fresh statement of the government's commitment to this principle in light of recent developments.

Decriminalization

19. The need for re-examination of the investigatory powers is evident in light of the recent trend, both in the Act and in past proposals, towards the decriminalization of certain types of conduct which may be anti-competitive. Traditionally, search and seizure has been associated with the enforcement of criminal law. As more of our competition law is made non-criminal, it becomes necessary to determine the most effective means of enforcing the substantive provisions of the Act, and whether or not search powers should be retained for non-criminal matters.

20. The use of search and seizure powers should be avoided where means less intrusive of individual rights and freedoms are equally effective. Of course, at the early stages of an investigation into a Combines matter, it may be difficult to determine whether the resulting proceeding will be civil or criminal in nature. In addition, where civil reviewable matters require proof of factors such as intent, it may be necessary to provide for complete investigative powers in order to ensure effective enforcement. An alternative solution, sometimes discussed, is the narrowing of extraordinary powers in civil matters, together with the lowering of thresholds to be proven and the elimination of any requirement to prove intent in such provisions.

Constitutional Challenge

21. The enactment of the Charter of Rights and Freedoms has generated several challenges to the constitutionality of the investigatory powers. In Southam, the Supreme Court of Canada held that the search power under Section 10 of the Act was of no force and effect since it infringed the Charter's protection against unreasonable search and seizure. The power to subpoena witnesses under Section 17 has also been subjected to scrutiny (N.H.L. and Business Forms). These developments, and the growing litigation in the area, dictate the urgent need to introduce effective powers which are in conformity with the Charter.

22. The decision by the Supreme Court of Canada in the Southam case defined a standard of procedural safeguards to be followed for the valid prior authorization of a search. The Court found that, as a minimum, there must be (i) established on oath, (ii) reasonable and probable grounds to believe, (iii) that an offence has been committed, and, (iv) that there is evidence to be found at the place of the search. They also held that the person authorizing the search must be impartial and capable of acting judicially but need not necessarily be a judge.

Impartiality

23. In the Southam case, the Supreme Court decided that the investigatory functions of the Restrictive Trade Practices Commission (R.T.P.C.), such as the power to gather evidence through hearings and to direct further investigation, impaired its ability to act as an impartial adjudicator. Since the power to authorize a search and seizure is a judicial function, the dual roles of the R.T.P.C. did not accord with the neutrality and detachment necessary to balance the interests involved. Therefore, it becomes necessary to ensure that the Director's application for search authorization is dealt with by an impartial adjudicator. As such, a Justice of the Peace or a Judge would likely be the most effective overseers of the investigatory powers.

24. A redesigned economic tribunal provides administrative convenience but runs the risk of falling short of the Supreme Court's requirements for "neutrality and detachment" if its functions require it to be both "investigator and judge with respect to breaches of the Act". A Justice of the Peace provides quick service on reasonably short notice in many centres of the country, but issues of their independence and ability to act judicially have sometimes been raised. Finally, a Superior Court Judge might lend a higher degree of scrutiny and independence to these matters, but may be unavailable on short notice in cases where swift action is deemed necessary. With regard to the latter two choices, it has been suggested that the territorial limits imposed upon these adjudicators could result in discrepancies of treatment and that, in the interests of uniformity, recourse to a Federal Court Judge should be possible. Alternatives and options, in a broader context, are discussed further in the section entitled "Adjudication".

Other considerations

25. The subpoena powers under the Act are an important part of the investigatory powers. They complement the search power by permitting the taking of evidence which is not attainable on a search. In addition, they permit the production of routine business records in cases where searches would be otherwise necessary. Restructuring of the search power will require concomitant changes to these other powers, so that a cohesive package can be designed to ensure effective enforcement of all aspects of our competition laws. This will involve, for example, the

choice of an adjudicator and the enunciation of a standard for the issuance of subpoenas. It will also be necessary to determine an acceptable standard for supervision of the hearing process, in which oral testimony is given prior to the institution of formal proceedings against any individual or corporation. This includes such things as: type of hearing officer, procedures for enforcing non-compliance with subpoenas, and rights of appeal.

Summary

26. In recreating the investigatory powers it will be necessary to determine the most appropriate means of balancing the need for a full inquiry in competition cases with the need for ensuring that individual rights are protected during an investigation. The choice of adjudicator for the task of supervising the exercise of search powers must also be carefully considered in light of the Charter as well as enforcement considerations; it is no longer acceptable to have a single tribunal performing both investigative and adjudicative functions. Finally, it will be necessary to design adjudicative standards for the power to subpoena oral testimony and documentary evidence.

MERGERS

Introduction

27. Section 33 of the Combines Investigation Act creates a criminal offence for mergers defined by section 2 to mean the acquisition by one or more persons of any control over the business of another, whereby competition is likely to be lessened to the detriment of the public.

28. The present merger law is generally considered to be largely ineffective. There has never been a conviction in a contested merger case in its 75 year history. Indeed, because criminal law in this context is so difficult to apply, the Crown has brought before the courts only eight cases involving a charge of illegal merger over the past seven decades. This situation may have arisen from the fact that the criminal law is not well adapted to the examination of future economic effects. Obviously, the requirement of proof beyond a reasonable doubt is formidable in such situations. Also, this provision allows for punishment of business behaviour that is not normally thought of as criminal.

29. The previous proposals had been considered to be a significant improvement over the present law. However, some issues still have to be considered in order to attain the best merger law for Canada. The major issues are however, the choice of the adjudicator, the lessening of competition test, the efficiency defense and the status of joint ventures. The first issue is dealt with elsewhere in this paper under the heading Adjudication.

International Competition

30. A high percentage of Canadian Gross National Product is dependent upon the competitiveness of Canadian industry on the world markets. We have witnessed in recent years a considerable heightening of competition in foreign markets where there has been a traditional Canadian export presence. Moreover, many Canadian markets have seen greater penetration by foreign producers. This increases the pressure on Canadian industry to become more efficient and innovative. There may be a need for some industries to become more concentrated in order to achieve the minimum efficient size of plant or other efficiencies necessary to compete in world markets. It is important that the law be effective in dealing with mergers which are clearly not in the public interest but it should be flexible enough that it does not impede truly efficient reallocations of productive resources.

31. The previous proposals for mergers took account of foreign competition by including in the list of factors to be considered, the availability of substitutes from abroad. It may be preferable for the law to more explicitly take account of international competitiveness. This may be particularly relevant when the merger in question would enhance the ability of Canadian industry to compete abroad or when the possibility for foreign competitors to compete in the domestic market is limited or restricted.

"Lessening of competition" test

32. Under the existing merger provision, it is required that the lessening of competition be to the detriment or against the interest of the public. The courts have placed considerable emphasis upon a simple structural test which seemed to require proof that a virtual monopoly

was created by a merger (Canadian Breweries and B.C. Sugar cases). In addition, since the Irving Newspaper case it has been clear that even if a virtual monopoly was established, it cannot be presumed that detriment to the public automatically follows.

33. The previous proposals used a "significant" lessening of competition test for mergers to be subject to an order. A significant lessening was further defined as requiring a major and not insubstantial effect on competition. This was to accommodate the concern that a significant lessening of competition might be interpreted to mean any effect that was not insignificant. It has been pointed out that the test was inconsistent with other tests used elsewhere in the law, particularly in the abuse of dominant position section, where the test was "substantial lessening of competition".

34. Some have proposed a double test before an order could be issued. The suggestion was a test that would include a lessening of competition requirement, as well as a requirement that there be no substantial competition remaining. The concern with this test is that it would effectively leave the law in its present state where a virtual elimination of competition is required.

35. In the Canadian economy, a test based on a flexible, case by case approach would allow for a careful balancing of the economic losses and gains from mergers and minimize the possibility of wrong decisions. Such a criterion could be a requirement that competition must be lessened substantially before an order could be issued. The adoption of such a test would address concerns that have been raised with respect to the test included in the previous proposals.

36. Accordingly, it is necessary to determine the most appropriate competition test that would prevent mergers having adverse economic consequences yet that would exempt those that do not have considerable impact on competition.

Efficiency Defense

37. Any new merger law needs to reflect the uniqueness of the Canadian economy, an economy that is relatively small and open. In Canada, firms may have to grow bigger with resulting higher concentration in order for Canada to be

internationally competitive. An optimal merger law for Canada would be one which weighs the advantages of economic efficiency against the disadvantages of the lessening of competition, all in the international trading context.

38. The previous proposals contained an efficiency gateway allowing mergers which gave rise to large efficiency gains, even if they lessened competition. Although the need for such a provision in a Canadian merger law is widely recognized, precise wording has been difficult to draft.

39. Some have suggested an absolute dispensation if there are any efficiencies resulting from the merger, even if there was a significant lessening of competition. Such a defense would simplify, to some extent, the provision, while possibly reducing investigation and litigation costs. However, such a measure would undermine the effectiveness of the Act because it could allow mergers which are, on balance, bad for the economy as a whole.

40. On the other hand, others would require proof that efficiency gains would be passed on to consumers. Although such a requirement might contribute to a desirable distribution of those gains, an extensive monitoring and regulatory system would be needed to enforce it.

41. There have also been general comments suggesting that the economic language of an efficiency defense is inappropriate for determination by a court. It is argued that the subtleties of the defense could be better dealt with by a tribunal or should be simplified to less technical language.

42. Efficiency is a very important factor that has to be considered in a Canadian merger law. The main issue is to determine the most appropriate wording for an efficiency defense so as to ensure the greatest clarity and effectiveness in the law.

Joint Ventures

43. Joint ventures are covered by the current definition of merger. This type of business organization is often required in order to share risks or to undertake large capital projects. Joint ventures are particularly common in the oil and gas and natural resources sectors of the economy.

44. Under the previous proposals, joint ventures were exempted from the prenotification provisions but were still subject to the other sections of the Act, including the merger provisions, if they lessened competition significantly. Many argued that joint ventures should be exempted from the substantive merger provisions because most joint ventures do not significantly lessen competition and are beneficial to the economy. However, the discussion only focussed on the status of those joint ventures that clearly did not lessen competition. If they did not lessen competition, of course, they were not prohibited in any event. Moreover, it would not seem desirable to exempt those joint ventures that do lessen competition. It should be noted that the efficiency defense would also be available to the few joint ventures which would have considerable adverse effects on competition.

45. Because it is almost impossible to effectively distinguish joint ventures from harmful mergers, an effective but limited exemption based only on the forms of transactions would not be feasible. If an exemption for joint ventures were specified in the legislation, firms could, in some circumstances, arrange their mergers in such a way as to come within the joint venture exemption. It should be the substance of the effects of the transaction on competition that is important, and not its form.

46. Therefore, the issue is to arrive at a treatment of joint ventures under the substantive merger provisions which would offer certainty and, at the same time, ensure that the law does not allow joint ventures that have considerable adverse effects on competition and are not beneficial for the economy as a whole.

PRENOTIFICATION

Introduction

47. The present Combines Act does not have a prenotification provision for proposed mergers although such provisions already exist in the United States, United Kingdom, Germany and Australia. A prior prenotification provision is essential for an effective analysis of the largest, most complex mergers likely to have substantial effects on competition. A prenotification provision should also reduce the costs associated with post-merger proceedings.

48. The prenotification provisions which were part of the previous proposals raised a number of concerns, particularly with respect to their complexity and the extent of the information requirements.

Complexity

49. The previous proposals included an elaborate prenotification provision, in part to ensure certainty for the business economy. However, many found it to be overly complex and convoluted. Some groups found the ordering of the sections confusing. In particular, it was suggested to move the minimum size threshold of 500 million dollars to the beginning of the provision. Also, some elements were thought to be unnecessary, such as the definition of "operating business".

50. The value of reorganizing the whole provision is obvious. However, certain complexity will be necessary to provide for all possible circumstances and thereby minimizing government discretion. As is often the case in competition policy matters, the law must find a proper balance between certainty and complexity.

Information Requirements

51. In the previous proposals, two types of notification were set out: a short 7-day notice requiring a minimal information filing and a longer, 21-day notice requiring more complete information. Some expressed the view that the latter information requirements were too extensive and time-consuming and that there should be an extremely short initial notice to weed out obvious "no issue" proposals. On the other hand, the waiting periods were considerably shorter than those proposed in the Investment Canada legislation or those contained in foreign merger laws.

52. One must recognize that the length of the waiting periods are related to the sufficiency of the information provided to assess the impact of the merger on competition. In fact, the waiting periods previously proposed would not have provided sufficient time for the gathering of information from other sources. An extremely short initial notice period might reduce the burden of paperwork for parties in obvious "no issue" proposals. However, it may have to be balanced by longer waiting periods with complete information for those proposals that would not so obviously raise no competition issue.

53. It has also been suggested that detailed information requirements should be specified in regulations. While making the prenotification sections less confusing, such a measure also has the advantage of offering more flexibility for adaptation as practice and experience with the law is developed.

Summary

54. Accordingly, issues that must be addressed are:

(i) what is the appropriate form and extent of the information requirements that would provide sufficient information for an effective assessment within a reasonable delay;

(ii) it is advisable to place detailed information requirements in regulations.

MONOPOLY (ABUSE OF DOMINANT POSITION)

Introduction

55. Under the present law it is a criminal offence to operate a monopoly to the detriment of the public. Since the provision was first enacted, there has been only one successful conviction following a trial. Moreover, due to the criminal burden of proof, the provision does not lend itself to an appraisal of the economic complexities associated with monopolistic behavior. The relative flexibility of civil law is more effective in dealing with, and correcting, abusive conduct which may be engaged in by dominant firms. Certain sectors of the economy including the small business community and consumers, are strongly in favour of making the section a civil matter with improved legal standards.

56. The small size of the Canadian market and the overall importance of trade to our economy requires that firms in some industries become quite large, relative to the domestic market, in order to remain internationally competitive. A realistic and effective law must take into account the extent of foreign competition faced by Canadian business at both the domestic and international levels. Therefore, it is considered inappropriate to prohibit dominance *per se*; rather what is contemplated is a provision dealing with the anti-competitive effects of any abusive, anti-competitive conduct carried out by dominant firms. In past proposals, the court could issue an order if a dominant firm or firms were engaging in a practice of anti-competitive acts which prevented or lessened competition substantially in a market.

Anti-Competitive Acts

57. To provide guidance to the business community, past proposals have included an illustrative list of anti-competitive acts. While the list was favored in the small business community, other interests have argued that there should be no list or that the list of anti-competitive acts should be exhaustive. Those who favor a non-exhaustive list are concerned that the courts may dismiss evidence of anti-competitive conduct which is not incorporated in the legislation, even though that would not be intended by the legislation.

Efficiency Defense

58. There is strong support for an efficiency defense when reduced competition in a market dominated by one or more firms results from superior economic efficiency and not anti-competitive practices. The primary concern with an efficiency defense is that it could become a gateway for anti-competitive practices since, in certain circumstances, it may be difficult to determine whether reduced competition stems from superior economic efficiency or anti-competitive conduct. Moreover, critics have argued that it is difficult to measure superior economic efficiency. This is of concern to some because it could result in lengthy proceedings and create uncertainty in the law.

Joint Dominance

59. In the Large Lamps case the court determined that more than one firm, where there is coordinated behaviour beyond purely parallel conduct, can substantially or completely control a market even when the firms are not affiliated. The question has been raised whether abuse of dominant position provisions should apply to joint dominance or only a single firm in the absence of an actual agreement. There are very few industries in the Canadian economy where only one firm dominates; however, many industries are highly concentrated and dominated by two or more firms. It has been argued that limiting the scope of the dominance provision to a single firm will weaken the law to such an extent that it will be ineffective. Others are concerned that it may be difficult to determine the degree of co-ordination among firms necessary to justify joint dominance with the result that purely consciously parallel behavior may be unfairly scrutinized. However, effectiveness of the provision could be maintained while limiting its application to a single firm. This could be

achieved by lowering the threshold of control to perhaps a major supplier situation or having effect when the practice is widespread in the market as envisaged in the exclusive dealing, tied selling and market restriction provisions of the present Act. Alternatively, joint dominance could be effective with a higher burden on the government.

60. A number of interests are concerned that dominant firms may be faced with proceedings under both the civil dominance provisions and the criminal conspiracy provisions if there is evidence of an agreement. This perceived problem in the previous proposals could be dealt with by a technical amendment prohibiting action under joint dominance or conspiracy where proceedings have been commenced under the other section of the Act in respect of the same facts.

Summary

Introduction

61. The issues to be addressed are:

a) in what manner should a list of practices be incorporated in the legislation,

b) how should an efficiency defense be structured, and

c) to what extent should the dominance provision apply to more than one firm?

CONSPIRACY

62. The present conspiracy law makes it a criminal offence to conspire to unduly lessen competition. Two court decisions in the late 1970's (Aetna Insurance and Atlantic Sugar) have created considerable uncertainty with respect to the law on inferential agreements and intent.

Agreement

63. For many years the jurisprudence held that the existence of an agreement could be proven from circumstantial evidence. In conspiracy cases direct evidence is often not available. It has been argued that the majority decision of the Supreme Court of Canada in the Atlantic Sugar case confused the distinction which previously existed in the jurisprudence between illegal agreements which could be inferred from indirect evidence and consciously parallel behaviour. The latter is legal and

frequently exists in concentrated or oligopolistic markets, particularly when the product is homogeneous. Some concern has been expressed that this type of behaviour would be caught by an amendment to restate the law on this issue. In clarifying the law on inferential agreements there is no intention to prohibit consciously parallel behaviour. Opinion on this issue is generally in favour of amending the law by codifying, clearly, the distinction between conspiracy which may be inferred and consciously parallel behaviour.

Intent

64. The state of the law with respect to intent is similarly unclear. The essence of conspiracy is in the act of agreement. Criminal intention, or mens rea, must be present in the act of agreement for the courts to find that agreement has taken place. Until recently the requirement to prove mens rea in a conspiracy case was generally thought to be satisfied when the Crown established, beyond a reasonable doubt, that the parties intended to and did enter into an agreement the object of which was to lessen competition. This standard was established by a large body of jurisprudence over many years which considered that when parties to a conspiracy entered into such an agreement they intended the natural consequences of the agreement.

65. The judgments of the Supreme Court in Atlantic Sugar and Aetna Insurance are said to have confused this issue to the extent that they have been interpreted by some to require proof, not only that the parties intended to enter an agreement the object of which was to lessen competition, but also that they intended to prevent or lessen competition unduly. Such an interpretation, which has been referred to as "double-intent", would seriously weaken this most important provision by placing a burden of proof on the Crown which could only be satisfied in very exceptional cases. A proposal specifying the requirement of so-called "single-intent" has been suggested as one means of clarifying the law.

Competition Test

66. A matter frequently raised in relation to conspiracy law is the question of what competition test is appropriate. Unduly has been interpreted by the courts as requiring a very large effect on competition. This has generally been assessed on the basis of market share. Replacing "unduly" with a new standard risks the loss of certainty provided by the jurisprudence. Nevertheless, it may be appropriate to provide clearer guidance to the courts

on the kind or nature of effects upon competition which this provision is designed to prevent. A number of interested parties have argued that the present test of lessening "unduly" competition is inadequate to deal with certain kinds of agreements, such as market sharing and price fixing, which clearly have serious adverse economic consequences and seldom have redeeming social value. Some would suggest that the present test of "unduly" is too onerous for the Crown in relation to such agreements. This raises the question of whether the law needs to be strengthened by a clearly articulated statement of the harm to competition of such agreements. It may be desirable to apply a different standard to this type of activity or otherwise revise the law to deal more effectively with such agreements.

Fines

67. The fines awarded by the Courts in conspiracy prosecutions have been insufficient to provide a true deterrent effect. Fines against firms found guilty of conspiracy have varied widely with the average being a small fraction of the allowable fine. It has been suggested that the present maximum fine of $1 million should be raised to $5 million in order to send a clear message to the Courts that Parliament considers combines conspiracies a serious crime and that the fines awarded should be consistent with the gravity of the offence.

Export Exemption

68. A large portion of our economy depends on exports. The present export exemption to the conspiracy provision consists of a defense where the agreement relates only to the export of products from Canada, but provides for exceptions to the defense where there has been a specified effect upon the domestic market. These exceptions have been criticized as making the defense in relation to exports too restrictive. Previous proposals have attempted to broaden the defense by allowing for a broader range of agreements. There is a need to balance the benefits of increased exports through export consortia and the need to provide adequate protection for the export activities of new entrants and existing domestic competition and thereby protection for consumers.

Summary

69. In dealing with the question of the application of the Act it will be necessary to consider carefully the following issues:

1) how should the ambiguity regarding inferential agreement be dealt with by an amendment;

2) should the proof of intent required under conspiracy law be clarified, and if so how;

3) Should the competition test of unduly lessening competition be amended or clarified;

4) How should the deterrent effect of fines under conspiracy law be increased;

5) How may the export exemption be broadened without opening a gateway for harmful effects on domestic competitors and competition?

BANKS

Introduction

70. At present, conspiracies and mergers among banks are subject to provisions in the Bank Act and not those of the Combines Investigation Act. While s. 309 of the Bank Act creates a per se criminal offense for certain kinds of agreements among banks, the conspiracy provision in the Combines Investigation Act prohibits only those agreements which lessen competition unduly.

71. The most recently proposed amendments to the Combines Investigation Act would have moved s. 309 of the Bank Act into the Combines Act virtually without change. Mergers would have become subject to the Act through repeal of the existing exemption in s. 255(5) of the Bank Act. This transfer of enforcement responsibility from the Inspector General of Banks to the Director of Investigation and Research was based on proposals contained in the 1976 White Paper on Banking.

Rationalization

72. The existing distribution of responsibility for the application of competition policy to banks has been criticized for its inefficiencies. There is also the additional problem that banks are treated separately and distinctly from other competing financial institutions, raising questions of the fairness of such an arrangement. This has become more apparent with the increasing competition between banks and other financial institutions. However, competition among different kinds of financial institutions raises questions of the optimal regulation of financial markets generally and involves broad policy considerations.

Summary

73. The issue to be addressed is whether it is appropriate to rationalize enforcement efforts by subjecting bank mergers to the merger provisions in the Combines Act and by providing for the transfer of provisions governing inter-bank agreements from the Bank Act to the Combines Act?

CROWN CORPORATIONS

74. Federal and provincial Crown corporations are engaged in a wide range of commercial endeavours and in many industries they occupy significant or even dominant positions. Also, in many cases they are engaged in competition with private sector firms. A ruling of the Supreme Court of Canada in the Eldorado case rendered Crown corporations, agents of Her Majesty, immune from the Combines Investigation Act when acting within their purposes. In the interest of fairness, all Crown corporations engaged in commercial activity should be subject to the same rules of conduct as private firms.

75. Previous proposals have dealt with this issue by providing that all Crown corporations, engaged in commercial activity in competition with others, would be subject to the Combines Investigation Act, except in relation to activities directly associated with their regulatory functions. This was criticized as not providing sufficient certainty whether or not a revised Act would apply to particular Crown corporations and in which situations.

76. An alternative approach suggested was to list Crown corporations which would be subject to the legislation. This approach, however, raises other problems. First, a list would have to be revised either legislatively or by Order-in-Council each time there was a change affecting the legal status of the listed Crown corporations. Second, many Crown corporations are engaged in commercial activities, as well as having non-commercial roles defined by legislation. The use of a list would necessitate either including in, or exempting from, the legislation all or parts of such corporations.

77. It will be necessary to determine whether the application of the Act to Crown corporations, agents of Her Majesty, should be made by their characteristic and function, or by a list.

Backgrounder Documentation

Consumer and Corporate Affairs Canada
Consommation et Corporations Canada

RÉFORME DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DU CANADA:

UN DOCUMENT DE CONSULTATION

MARS 1985

(available in english)

Canada

TABLE DES MATIÈRES

EXAMEN 1

POUVOIRS D'ENQUÊTE 5

FUSIONNEMENTS 9

PRÉAVIS 14

MONOPOLE 16

COMPLOT 19

BANQUES 22

SOCIÉTÉS DE LA COURONNE 23

RÉFORME DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

EXAMEN

Introduction

1. La question de savoir qui est le mieux placé pour examiner les affaires non-pénales en matière de concurrence a été le sujet de nombreuses discussions au cours du long processus relié à la réforme de cette loi.

2. Le Conseil économique du Canada, dans son Rapport provisoire sur la politique de concurrence (publié en 1969), a affirmé que si l'on décidait de soustraire une partie de la législation relative à la politique de concurrence au contexte du droit criminel, il faudrait aussi mettre sur pied un tribunal spécialisé. Le Conseil justifiait en partie cette affirmation en évoquant les problèmes que risqueraient d'avoir les cours à établir leurs jugements sur des arguments et des analyses économiques complexes. Le Conseil annonçait également sa préférence à l'égard de la souplesse et du caractère moins formel des tribunaux quasi-judiciaires par opposition à "l'atmosphère de crime et de châtiment" qui caractérise les cours de justice. Les modifications adoptées en 1975 allaient dans ce sens puisqu'elles habilitaient la Commission sur les pratiques restrictives du commerce à examiner certaines pratiques commerciales pouvant, par la suite, faire l'objet d'ordonnances rectificatives.

3. Dans leur rapport de 1976 portant sur l'étape subséquente reliée aux modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, Lawrence A. Skeoch et Bruce C. McDonald ont eux aussi soulevé la nécessité d'avoir une autorité compétente spécialisée pour examiner les affaires en matière de coalitions. Ils ont également insisté sur le fait que, pour assurer ainsi son impartialité, il faudrait que l'autorité en question ne remplisse aucune fonction relative à l'application et à l'élaboration des politiques au sein du Ministère. Cette même opinion a également été émise par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Southam.

4. Il existe un consensus général selon lequel les litiges en matière de politique de concurrence concernant des fusions, monopoles et autres questions connexes ne devraient pas être traités au criminel, mais plutôt au civil. Tous ne s'entendent pas toutefois sur la question de savoir quelle autorité compétente devrait être chargée de ces dossiers. Les tentatives faites par le passé pour en arriver à une entente ont révélé que, tour à tour, le tribunal économique spécialisé et les cours ont obtenu une certaine préférence.

Tribunal économique

5. Les associations de consommateurs, les universitaires et le milieu de la petite entreprise préconisent en général le recours à un tribunal économique spécialisé. En effet, ils estiment que ce modèle pourrait offrir les meilleures connaissances dans le domaine de l'économie et des affaires ainsi qu'une marge de manoeuvre plus grande pour l'autorité décisionnelle face aux changements d'ordre social et économique. Ceux qui s'opposent au recours à un tribunal spécialisé prétendent que la loi ne pourrait être appliquée de façon aussi uniforme, ce qui engendrerait un sentiment d'incertitude dans les milieux d'affaires. En outre, les droits d'appel prévus dans le cadre de cette formule seraient plus limités que ceux existant devant les cours ordinaires. En effet, accorder des droits d'appel complets devant un tel tribunal prolongerait un processus judiciaire déjà considéré comme étant peut-être trop long.

Les cours

6. Certains groupes du milieu des affaires estiment qu'il serait préférable de recourir aux cours ordinaires. Un argument souvent invoqué à l'appui de cette formule est que les cours présentent plus de constance dans leurs décisions, décisions au sujet desquelles il existe des droits d'appel précis et complets. Toutefois, certains s'interrogent sur la capacité des cours d'utiliser l'expertise nécessaire à l'examen d'arguments économiques complexes. Par contre, on estime qu'il serait plus facile pour les cours d'acquérir cette expertise si les dossiers complexes en matière de concurrence étaient toujours confiés à la même cour - par exemple, la Cour fédérale du Canada. De plus, le fait de recourir à une seule et même cour assure une application plus constante de la loi dans un domaine des plus complexes.

Applicabilité de la loi

7. Le choix de l'autorité compétente aura également un effet sur la facilité avec laquelle le critère utilisé pourra être appliqué. Il a été soutenu que la loi en matière de concurrence ne peut définir de façon réaliste un grand nombre de situations indésirables sur le marché, sauf par le biais de leurs incidences économiques. Un tel libellé législatif général permet d'effectuer une analyse cas par cas et d'agir avec souplesse pour corriger de façon adéquate des comportements reliés au commerce. Cependant, il est parfois avancé que les cours sont mieux placées pour

appliquer de façon objective un ensemble de règles bien établies, mais qu'elles ne sont pas adaptées pour l'évaluation subjective de règles générales définies en termes assez vagues. Dans le contexte des affaires de coalitions, cela veut dire, par exemple, qu'un modèle relié à la défense de l'efficacité qui est, par nature, assez compliqué à élaborer, peut ne pas se prêter à l'utilisation de règles clairement définies. Pour l'examen de questions semblables, il peut être préférable de laisser la possibilité à l'autorité compétente d'exercer un jugement économique plus circonstancié, par une évaluation subjective de la preuve visant à déterminer si l'effet interdit s'est bel et bien produit.

8. Pour que la loi sur la concurrence soit efficace, plusieurs de ces dispositions doivent être énoncées en termes généraux. Afin de choisir l'autorité compétente la plus appropriée pour examiner de telles dispositions, il sera nécessaire de déterminer le modèle qui est le plus susceptible de permettre des jugements économiques de nature complexe. Le choix d'une autorité qui a ou peut développer le niveau d'expertise requis représente également un élément très important.

Expertise

9. En ce qui concerne le niveau d'expertise requis, ceux qui appuient la formule des cours prétendent qu'un tel niveau pourrait être atteint si les dossiers de concurrence n'étaient confiés qu'aux juges d'instances supérieures. C'est aussi l'avis de ceux qui préconisent le recours à la Cour fédérale du Canada. Une autre solution serait de confier l'examen de la législation économique à une cour spéciale ou à une division d'une cour existante, créée à cette fin; cependant, il est peu probable qu'une telle cour aurait suffisamment de travail pour justifier son existence.

10. Quant au tribunal économique spécialisé, il offrirait une plus grande marge de manoeuvre en ce qui concerne la nomination d'experts qualifiés. Ceux-ci pourraient avoir un bagage de connaissances plus varié, notamment dans le domaine des affaires et des professions. Ils pourraient également être nommés, selon les besoins, afin d'entendre uniquement les affaires s'inscrivant dans leur domaine de spécialisation. Il serait aussi possible de constituer un comité permanent pour une certaine période. Quelle que soit la formule préconisée, plusieurs estiment que le fait de nommer un juge à titre de président garantirait une certitude et une équité plus grandes au niveau de la prise de décision. Ce qui est nécessaire, c'est un mécanisme assurant la nomination à ce tribunal d'experts hautement qualifiés.

Pouvoir de révision du Gouverneur en Conseil

11. La question de l'autorité compétente soulève une dernière interrogation à savoir si, dans certains cas, il devrait y avoir un pouvoir de révision du Gouverneur en Conseil. En effet, il pourrait y avoir des cas où il serait contraire à la politique économique du gouvernement d'autoriser ou de refuser d'autoriser une transaction ou une pratique particulière, malgré la décision prise par l'autorité compétente. Un tel mécanisme existe, entre autres, pour les affaires amenées devant la C.C.T. et le C.R.T.C. Dans ces situations, le pouvoir de révision du Gouverneur en Conseil permet plus facilement au gouvernement de coordonner sa politique économique en fonction de considérations plus vastes liées à l'intérêt public, par exemple les objectifs de la politique internationale ou régionale. Or, l'État ne pourrait recourir à cette forme d'intervention si les cours, seules, devaient examiner les dossiers de concurrence.

Autres questions

12. Le choix d'une autorité compétente doit aussi se faire en fonction du contexte législatif actuel. En ce moment, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (C.P.R.C.) a le pouvoir, en vertu de la Partie IV.1 de la Loi, d'émettre des ordonnances correctives visant des pratiques commerciales restrictives. La C.P.R.C. autorise également l'exercice des pouvoirs d'enquête et mène, en vertu de l'article 47, des enquêtes aux fins de recherche sur l'état de la concurrence sur un marché ou au sein d'une industrie. Les propositions antérieures modifiaient les responsabilités de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce en prévoyant le transfert, aux tribunaux, des affaires de la Partie IV.1 et l'attribution de nouvelles fonctions à la Commission dans le domaine des accords de spécialisation. Toutefois, elles ne traitaient pas du conflit d'attribution que posent les doubles fonctions de la C.P.R.C., c'est-à-dire celles reliées aux enquêtes et celles relatives à ses pouvoirs d'examen. Il apparaît clairement, depuis l'affaire Southam, qu'une telle situation doit être corrigée. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a conclu que "la nature administrative des fonctions d'enquête de la Commission s'accordait mal avec les notions de neutralité et d'indépendance nécessaires" pour assurer sa capacité à poser un acte juridique visant à autoriser une perquisition.

13. S'il est décidé que les dossiers relatifs aux fusions, aux monopoles et aux affaires prévues à la Partie IV.1 actuelle doivent être soumis à l'examen des cours

civiles, il faudra alors étudier l'opportunité de confier à la Commission des pratiques restrictives du commerce l'examen des autres affaires. Tel que mentionné précédemment, les propositions antérieures attribuaient à la C.P.R.C. les pouvoirs d'examiner des accords de spécialisation, de mener des enquêtes aux fins de recherche et d'autoriser l'exercice des pouvoirs d'enquête. La question des pouvoirs d'enquête a déjà été examinée dans le présent document. En ce qui concerne les enquêtes aux fins de recherche, il a été suggéré que ces affaires (telles que la récente enquête sur l'industrie pétrolière) soient examinées en vertu de la Loi sur les enquêtes, sous la direction du Ministre. Enfin, il convient d'analyser le cas des accords de spécialisation.

14. À cet égard, lorsqu'il s'agit de déterminer si la formule du tribunal économique spécialisé ou la formule des cours ordinaires convient le mieux, les défenseurs de la première option soutiennent que les affaires de nature commerciale sont beaucoup trop complexes pour être examinées par des cours. Par contre, ceux qui favorisent la deuxième option prétendent qu'un tribunal ne peut offrir une certitude et une uniformité aussi grandes, qui sont des garanties d'équité, élément primordial surtout lorsqu'il s'agit d'une exemption à une disposition pénale.

Résumé

15. En résumé, le choix d'une autorité compétente est plus qu'une question de procédure. Cela joue un rôle déterminant dans l'application efficace de la politique de concurrence au Canada. La décision finale devra être prise en fonction de la meilleure combinaison possible des facteurs suivants: impartialité, expertise, souplesse et équité en matière de procédure.

POUVOIRS D'ENQUÊTE

Introduction

16. Il se révèle souvent nécessaire, aux fins des enquêtes menées en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, d'étudier les pratiques d'une société en fonction de leurs répercussions économiques. En raison de la complexité de ce type d'analyse, il faut souvent réunir une foule de documents qui s'étendent sur une longue période. Cette opération se complique encore davantage lorsqu'il faut démontrer qu'il y a eu intention délictueuse ou prouver, au-delà de tout doute raisonnable, qu'une

infraction criminelle a été commise. Or, la mise en application de lois impliquant la démonstration de ces éléments très exigeants rend nécessaire l'utilisation de pouvoirs d'enquête bien spécifiques.

17. Le Directeur des enquêtes et recherches dispose, en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions actuelle, d'un certain nombre de moyens qui lui permettent de faire enquête sur des infractions éventuelles à ladite loi. Parmi ces moyens, mentionnons le pouvoir de faire des perquisitions et de saisir des documents (a. 10), d'exiger des rapports écrits (a. 9) et des preuves par affidavit (a. 12) et d'assigner des témoins pour fin de déposition ou de production de documents (a. 17).

18. Ces pouvoirs d'enquête ont une longue histoire. En effet, le Parlement a adopté, en 1910, la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions à la seule fin de créer un organisme spécial chargé d'appliquer la législation en matière de concurrence. Le gouvernement en place à l'époque était conscient du fait que, pour s'acquitter de son mandat, cet organisme devait disposer de vastes pouvoirs d'enquête. Cependant, à la lumière des faits récents, le gouvernement doit maintenant réaffirmer ses convictions envers ce principe et redéfinir les dispositions relatives aux pouvoirs d'enquête.

Décriminalisation de la loi

19. La récente tendance vers la décriminalisation, relevée dans la loi ainsi que dans les propositions antérieures, de certains types de comportements qui pourraient être qualifiés d'anticoncurrentiels, souligne très clairement le besoin de réexaminer les pouvoirs d'enquête. Comme de plus en plus de dispositions de notre loi sur la concurrence sont décriminalisées, il devient nécessaire de trouver les moyens qui permettront l'application la plus efficace des dispositions fondamentales de la loi. Il faut, par le fait même, déterminer si les pouvoirs de perquisition devraient toujours être applicables aux affaires qui ne relèvent pas du droit criminel.

20. Le recours aux pouvoirs de fouille, perquisition et saisie est à éviter lorsqu'il existe des moyens moins incommodants pour les droits et libertés de la personne et tout aussi efficaces. Évidemment, au début d'une enquête menée dans une affaire de coalition, il est parfois difficile de savoir si les poursuites seront de nature civile ou criminelle. De plus, dans le cas d'affaires

pouvant être examinées au civil et dans lesquelles il faut démontrer des éléments tels que l'intention, il peut se révéler nécessaire de recourir à des pouvoirs d'enquête complets afin d'assurer une application efficace de la loi. Une solution de remplacement parfois envisagée est la restriction des pouvoirs exceptionnels appliqués aux dispositions civiles jumelée à un allégement des éléments de preuve et la suppression de la preuve d'intention figurant dans de telles dispositions.

Litiges constitutionnels

21. L'adoption de la Charte des droits et libertés a fait surgir plusieurs contestations portant sur la constitutionnalité des pouvoirs d'enquête. Dans l'affaire Southam, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement selon lequel le pouvoir de perquisition prévu à l'article 10 de la Loi était nul, parce qu'il allait à l'encontre des dispositions de la Charte sur la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le pouvoir d'assigner des témoins, prévu à l'article 17, a aussi été remis en cause dans les affaires de la L.N.H. et des formulaires commerciaux. Ces faits nouveaux ainsi que le nombre croissant de litiges dans ce domaine rendent pressante la mise en place de pouvoirs efficaces qui seront conformes à la Charte.

22. La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Southam énonçait une marche à suivre qui devait être observée pour assurer la validité de l'autorisation préalable d'une saisie. La Cour a déterminé qu'il fallait à tout le moins (i) déclarer sous serment (ii) que des motifs raisonnables et probables permettaient de croire (iii) qu'une infraction avait été commise, et (iv) que des preuves pourraient être recueillies sur les lieux de la perquisition. La Cour a en outre précisé que la personne qui autorise la perquisition, sans nécessairement être juge, devait être impartiale et être habilitée à poser des actes juridiques.

Impartialité

23. Dans l'affaire Southam, la Cour suprême a jugé que les fonctions de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (C.P.R.C.), en matière d'enquête, telles le pouvoir de recueillir des preuves à l'aide d'audience et de conduire des enquêtes, ont viciées sa capacité d'agir en toute impartialité en tant qu'autorité compétente. En effet, puisque le pouvoir d'autoriser des fouilles, des perquisitions et des saisies constitue une

fonction judiciaire, la dualité des fonctions qui en découle allaient donc à l'encontre du critère d'impartialité nécessaire à l'examen objectif des intérêts en jeu. En conséquence, il faut faire en sorte que les demandes pour fin d'autorisation de perquisitions présentées par le directeur soient étudiées par une autorité compétente impartiale. À cet égard, un juge de paix ou un juge serait vraisemblablement la personne la plus efficace pour autoriser l'exercice des pouvoirs d'enquête.

24. Un tribunal économique conçu différemment serait plus pratique du point de vue administratif, mais risquerait de ne pas satisfaire aux exigences formulées par la Cour suprême quant à l'impartialité et l'indépendance de ses fonctions pour qu'il puisse agir à la fois comme enquêteur et juge en rapport avec des infractions à la loi. Les juges de paix peuvent, dans un bref délai, agir rapidement dans la majorité des grands centres du pays, mais leur impartialité et leur capacité judiciaire ont parfois été remises en question. Enfin, les juges d'instances supérieures peuvent offrir une compétence plus grande sur ces deux plans, mais ils risquent de ne pouvoir se libérer à temps pour des affaires où il est primordial d'agir rapidement. En ce qui concerne les deux derniers choix, il a été souligné que les restrictions territoriales imposées à ces autorités pourraient aboutir à des divergences de procédure et qu'il devrait être possible de recourir à des juges de la Cour fédérale à titre d'autorité compétente pour garantir une certaine uniformité. D'autres solutions sont examinées plus en détail, et ce, dans un contexte plus vaste, à la section intitulée "Examen".

Autres questions

25. Les pouvoirs d'assignation prévus par la loi sont un aspect important des pouvoirs d'enquête. Ils viennent compléter les pouvoirs de perquisition puisqu'ils permettent de recueillir une preuve qui ne peut être obtenue au cours d'une perquisition. Ces pouvoirs d'assignation rendent aussi possible la production de dossiers d'affaires courants dans le cadre d'enquêtes qui nécessiteraient autrement des perquisitions. La redéfinition du pouvoir de perquisition nécessitera, dans un même temps, la modification des autres pouvoirs d'enquête afin que soit conçu un système cohérent qui assurera l'application efficace de tous les aspects de notre législation sur la concurrence. Ces modifications comporteront, par exemple, le choix d'une autorité compétente et la définition de critères précis relatifs à la délivrance de citations à comparaître. Il faudra aussi établir des critères acceptables relatifs à la surveillance

des audiences au cours desquelles des témoignages sont rendus avant que des poursuites officielles ne soient intentées contre un particulier ou une société. Ces critères porteront notamment sur le choix du fonctionnaire responsable des audiences, sur les mesures de coercition relatives au non-respect des assignations et sur les droits d'appel.

Résumé

26. Pour redéfinir les pouvoirs d'enquête il faudra déterminer le moyen le plus approprié pour assurer un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de mener des enquêtes approfondies en matière de concurrence et, d'autre part, le besoin d'assurer une protection des droits de la personne dans le cours d'une enquête. Le choix de l'autorité compétente pour exercer une surveillance des pouvoirs de perquisition doit également être examiné attentivement à la lumière de la Charte et des facteurs reliés à l'application de la loi; la situation du simple tribunal remplissant à la fois les fonctions d'enquête et d'examen n'est plus acceptable. Enfin, il sera nécessaire de formuler des critères d'examen pour le pouvoir visant l'assignation à comparaître et la production de documents.

FUSIONNEMENTS

Introduction

27. Aux termes de l'article 33 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, une fusion telle que définie à l'article 2 constitue une infraction criminelle. D'après l'article 2, la fusion désigne l'acquisition, par une ou plusieurs personnes, de tout contrôle sur l'entreprise d'une autre personne, moyennant quoi la concurrence est susceptible d'être réduite au détriment du public.

28. La loi actuelle sur les fusions est généralement considérée comme étant largement inefficace. Depuis son entrée en vigueur il y a 75 ans, aucune condamnation n'a été prononcée dans une affaire de fusion contestée. En effet, le droit criminel étant si difficile à appliquer dans de tels cas, la Couronne n'a saisi les tribunaux que de huit affaires comportant une accusation de fusion illégale au cours des sept dernières décennies. Cela peut découler du fait que le droit criminel est un instrument impropre à l'examen des incidences économiques futures. De toute évidence, l'exigence de prouver au-delà de tout doute

raisonnable la culpabilité de l'accusé est extrêmement contraignante dans ces situations. En outre, cette disposition prévoit des pénalités pour des pratiques d'affaires qui ne sont pas normalement considérées comme criminelles.

29. On estime que les propositions antérieures apportaient des améliorations importantes à la législation actuelle. Toutefois, pour doter les Canadiens de la meilleure loi possible sur les fusionnements, certaines questions ont encore besoin d'être examinées. Les problèmes majeurs sont cependant le choix de l'autorité compétente, le critère de la réduction de la concurrence, la défense de l'efficacité et la situation des entreprises en coparticipation. Le choix de l'autorité compétente fait l'objet d'une discussion dans le chapitre du présent document intitulé "Examen".

Concurrence internationale

30. Un pourcentage élevé du Produit national brut canadien est sensible à la compétitivité de l'industrie canadienne sur les marchés mondiaux. Ces dernières années, nous avons assisté à une augmentation considérable de la concurrence sur les marchés étrangers où le Canada a été traditionnellement présent. Par surcroît, les producteurs étrangers ont effectué une pénétration accrue dans plusieurs secteurs de l'économie canadienne. Il en résulte des pressions plus fortes sur l'industrie canadienne pour que celle-ci devienne plus efficace et innovatrice. La concentration doit peut-être s'accroître dans certaines industries afin que les usines ou les entreprises puissent atteindre la taille minimale efficiente et être en mesure de livrer concurrence sur les marchés mondiaux. Il est important que la loi puisse traiter efficacement des cas de fusionnement qui, clairement, ne sont pas dans l'intérêt du public, mais elle devrait être assez souple pour ne pas empêcher les réaménagements de ressources productives qui concourent à une plus grande efficience économique.

31. Les propositions précédentes en matière de fusionnements tenaient compte du facteur de la concurrence étrangère puisque la liste des éléments que les cours devaient considérer comprenait, entre autres, la disponibilité de produits de remplacement importés. Il peut être préférable que la loi considère de façon plus explicite le facteur de la compétitivité internationale. Cela peut s'avérer particulièrement pertinent dans les cas où un fusionnement augmenterait la capacité de l'industrie

canadienne à livrer concurrence sur les marchés étrangers, ou lorsque la possibilité pour les concurrents étrangers de livrer concurrence sur le marché domestique est limitée ou restreinte.

Critère de la "réduction de la concurrence"

32. En vertu de la disposition actuelle sur les fusions, il faut prouver que la concurrence est réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt public. Les tribunaux ont mis beaucoup d'accent sur un simple critère structurel, selon lequel il faudrait prouver qu'une fusion crée un monopole de fait (affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar). En outre, depuis l'affaire des journaux Irving, il est très clair que même si un monopole de fait est établi, on ne peut présumer automatiquement que cela se fait au détriment du public.

33. Dans les propositions antérieures, les fusionnements étaient assujettis à une ordonnance si ils réduisaient "de façon relativement importante" la concurrence. Cette expression était plus amplement définie comme une influence "majeure et non-insubstantielle" sur la concurrence. Cette précision avait pour objet de répondre à la préoccupation voulant qu'une réduction relativement importante de la concurrence pouvait être interprétée de manière à englober tout effet n'étant pas négligeable. On a indiqué que ce critère était incohérent avec les autres critères de la loi, particulièrement celui de l'article sur l'abus de position dominante où l'on employait le terme "sensiblement".

34. Certains ont suggéré qu'un critère à deux volets soit appliqué avant qu'une ordonnance ne puisse être rendue. La proposition consistait en un critère comportant une exigence relative à la réduction de la concurrence de même qu'un autre selon lequel aucune concurrence substantielle ne devrait subsister à la suite du fusionnement. Le problème avec un tel critère est qu'il aurait pour effet de laisser la loi dans son état actuel qui stipule que, pour être interdite, une fusion doit éliminer de fait toute concurrence.

35. Au Canada, un critère basé sur une approche souple, c'est-à-dire un examen cas par cas, permettrait de bien peser les gains et les pertes économiques d'un fusionnement et de réduire au minimum les possibilités d'erreur. L'exigence voulant que la concurrence doive être réduite "substantiellement" avant qu'une ordonnance ne puisse être rendue pourrait constituer un tel critère. En

outre, cela représenterait une réponse adéquate aux critiques exprimées envers le critère mis de l'avant dans les propositions précédentes.

36. Il est donc nécessaire de déterminer le critère d'appréciation le plus approprié qui empêcherait les fusionnements ayant des conséquences économiques très nuisibles tout en exemptant ceux qui n'ont pas de répercussions importantes sur la concurrence.

Défense de l'efficacité

37. Toute nouvelle loi en matière de fusionnement doit refléter le caractère unique de l'économie canadienne, qui est relativement petite et ouverte. Au Canada, il est possible que les entreprises doivent prendre de l'expansion et amener une concentration plus élevée afin que le pays soit compétitif sur le plan international. La meilleure loi sur les fusions pour le Canada permettrait de comparer les avantages de l'efficience économique avec les inconvénients de la réduction de la concurrence, le tout dans le contexte du commerce international.

38. Les propositions antérieures comportaient un échappatoire relié à l'efficacité, selon lequel les fusionnements entraînant une augmentation considérable de l'efficacité étaient autorisés, même s'ils réduisaient la concurrence. Même si on reconnaît largement la nécessité d'inclure une telle disposition dans la loi canadienne sur les fusionnements, l'élaboration d'un libellé clair et précis a été jusqu'à maintenant très laborieuse.

39. Certains ont suggéré une exemption absolue lorsque le fusionnement donne lieu à un accroissement quelconque de l'efficacité, même s'il réduit considérablement la concurrence. Un tel critère simplifierait, dans une certaine mesure, la disposition et permettrait peut-être de réduire les coûts relatifs aux enquêtes et aux poursuites. Cependant, une telle disposition affaiblirait considérablement l'efficacité de la loi parce qu'elle pourrait permettre des fusionnements qui, somme toute, ne servent pas l'économie dans son ensemble.

40. Par contre, certains autres voudraient une disposition selon laquelle il faudrait prouver que les gains seront transmis aux consommateurs. Une telle exigence pourrait contribuer à une meilleure distribution des gains, mais son application nécessiterait un régime de surveillance et de réglementation fort élaboré.

41. Certaines observations générales ont également donné à entendre que le langage économique utilisé pour la défense de l'efficacité ne convenait pas à l'appréciation des cours. Il est soutenu que les subtilités de la défense de l'efficacité pourraient être mieux cernées par un tribunal économique ou devraient être réduites à un langage moins technique.

42. L'efficience est un élément très important dont la loi canadienne en matière de concurrence doit tenir compte. Le problème majeur consiste à déterminer quel est le libellé le plus adéquat pour qu'une défense reliée à l'efficience conserve une clarté et une efficacité maximale dans la loi.

Entreprises en coparticipation

43. La définition actuelle de fusion englobe les entreprises en coparticipation. Ce genre d'entreprises est souvent nécessaire pour partager les risques ou pour entreprendre des projets exigeant des capitaux importants. Il est très courant de retrouver de telles entreprises dans le secteur industriel du pétrole et du gaz naturel et dans celui des ressources naturelles en général.

44. D'après les propositions antérieures, les entreprises en coparticipation étaient exemptées des dispositions sur les préavis, mais elles étaient assujetties aux autres dispositions de la loi, y compris les dispositions sur les fusionnements, si elles réduisaient la concurrence de façon relativement importante. Beaucoup ont soutenu que les entreprises en coparticipation devraient être exemptées des dispositions de fond relatives aux fusionnements parce que la plupart de celles-ci ne réduisent pas la concurrence de façon relativement importante et sont bénéfiques à l'économie. Cependant, la discussion n'a porté que sur la situation des entreprises en coparticipation qui, de toute évidence, ne réduisaient pas la concurrence. Si elles ne réduisaient pas la concurrence, il est clair qu'elles n'étaient pas interdites de toute façon. En outre, il ne semblerait pas souhaitable d'exempter les entreprises en coparticipation qui réduisent la concurrence. Soulignons que la défense de l'efficacité serait également disponible pour les quelques entreprises en coparticipation qui auraient des incidences néfastes considérables sur la concurrence.

45. De plus, étant donné qu'il est presqu'impossible de faire une distinction nette entre les entreprises en coparticipation et les fusionnements nuisibles, il s'avère impossible d'élaborer une exemption efficace et délimitée basée sur le type d'entreprise. Si la loi prévoyait une exception pour les entreprises en coparticipation, les

parties pourraient, en certaines occasions, effectuer leurs transactions de façon à entrer délibérément dans cette exemption. Ce sont les répercussions de la transaction sur la concurrence qui devraient constituer l'élément primordial, et non la forme de la transaction.

46. Par conséquent, la question consiste à déterminer le traitement à accorder aux entreprises en coparticipation en vertu des dispositions de fond relatives aux fusionnements, afin que leur situation soit bien claire tout en s'assurant que la loi n'autorise pas de telles entreprises lorsqu'elles ont des effets nuisibles importants sur la concurrence et qu'elles ne sont pas bénéfiques pour l'économie en général.

PRÉAVIS

Introduction

47. La présente loi sur les coalitions ne renferme pas de disposition relative au préavis pour les projets de fusionnement, même si de telles dispositions existent déjà aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Allemagne et en Australie. Il est essentiel d'adopter une procédure de préavis afin de pouvoir analyser efficacement les fusionnements les plus importants et les plus complexes qui pourraient avoir des répercussions majeures sur la concurrence. Une disposition relative au préavis devrait aussi réduire les frais relatifs aux procédures intentées après la réalisation des fusionnements.

48. Les dispositions concernant le préavis, qui étaient contenues dans les propositions antérieures, ont soulevé un certain nombre de questions, notamment en ce qui a trait à sa complexité générale et à l'ampleur des exigences en matière de renseignements.

Complexité

49. Les propositions antérieures comprenaient une disposition détaillée relative au préavis afin, entre autres, de procurer plus de certitude au monde des affaires. Elle a cependant été jugée trop complexe par plusieurs. Certains groupes ont indiqué que l'ordre des articles portait à confusion. Il a notamment été proposé de mentionner le seuil de la taille minimale, soit 500 millions de dollars, au début de la disposition. En outre, certains éléments, comme la définition d'une "entreprise en exploitation", ont été tenus pour inutiles.

50. De toute évidence, il serait bénéfique de réorganiser l'ensemble de la disposition. Cependant, un certain niveau de complexité est inévitable si l'on veut couvrir toutes les circonstances possibles et minimiser par le fait même le pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Comme c'est souvent le cas en matière de politique de concurrence, la loi doit trouver un équilibre approprié entre certitude et complexité.

Renseignements exigés

51. Les propositions antérieures soutenaient deux genres de préavis: un avis de 7 jours ne nécessitant qu'un minimum d'information et un avis avec délai plus long (21 jours) exigeant plus de renseignements. Certains ont laissé entendre que, dans le dernier cas, les exigences en matière de renseignements étaient trop vastes et demandaient trop de temps, et qu'il devrait d'abord y avoir un avis préalable extrêmement court afin d'éliminer les propositions qui ne requièrent pas, de toute évidence, un examen plus approfondi. Par contre, les périodes d'attente étaient considérablement plus courtes que celles proposées dans la Loi sur l'investissement au Canada ou celles incluses dans les législations étrangères en matière de fusions.

52. Il faut reconnaître que la durée des périodes d'attente est liée à la qualité et à la quantité des renseignements fournis pour évaluer les répercussions du fusionnement sur la concurrence. À vrai dire, les périodes d'attente proposées auparavant n'aurait pas procuré le temps voulu pour recueillir des renseignements auprès d'autres sources. Un avis préalable très court peut réduire le fardeau administratif des parties à une transaction qui ne pose manifestement aucun problème de concurrence. Cependant, l'insuffisance des renseignements fournis initialement pourrait devoir être compensée par des périodes d'attente plus longues afin de recueillir des informations complètes dans le cas des transactions dont les effets sur la concurrence sont plus difficiles à évaluer.

53. Il a aussi été proposé que les exigences détaillées en matière de renseignements soient prescrites par règlement. Tout en rendant plus clairs les articles concernant le préavis, une telle mesure offrirait aussi une plus grande facilité pour apporter des correctifs dont l'expérience pratique aura démontré la nécessité.

Résumé

54. Par conséquent, les questions qui doivent être examinées sont les suivantes:

i) quelle est la forme et l'étendue appropriées des exigences en matière de renseignements pour que soit effectuée, dans un délai raisonnable, une analyse valable?

ii) est-il judicieux d'insérer les exigences détaillées en matière de renseignements dans le règlement?

MONOPOLE (ABUS DE POSITION DOMINANTE)

Introduction

55. Aux termes de la loi actuelle, une entreprise qui exploite un monopole au détriment du public commet une infraction criminelle. Depuis l'entrée en vigueur de la disposition sur les monopoles, une seule condamnation a été prononcée à l'issue d'un procès. En outre, cette disposition ne se prête pas à l'évaluation des questions économiques complexes liées à un comportement monopolistique, étant donné le fardeau de la preuve exigée en matière criminelle. La souplesse relative du droit civil permet de traiter et de corriger plus efficacement les abus auxquels peuvent se livrer les entreprises dominantes. Certains secteurs de l'économie, dont le milieu de la petite entreprise et les consommateurs, appuient fermement l'idée de faire relever cet article du droit civil et d'améliorer les critères juridiques qui entrent en ligne de compte.

56. L'exiguïté du marché canadien et l'importance relative du commerce international pour notre économie requièrent que des entreprises, évoluant dans certaines industries, prennent de l'envergure sur le marché national si elles veulent garder une position concurrentielle sur les marchés internationaux. Par conséquent, il ne convient pas d'interdire les positions dominantes comme telles. On songe plutôt à une disposition applicable aux répercussions anti-concurrentielles de comportements abusifs adoptés par les entreprises dominantes. Selon les propositions antérieures, les tribunaux pouvaient émettre une ordonnance si une ou plusieurs entreprises dominantes se livraient à une pratique anti-concurrentielle empêchant ou réduisant sensiblement la concurrence sur un marché.

Agissements anti-concurrentiels

57. Pour mieux orienter les milieux d'affaires, les propositions antérieures comprenaient une liste descriptive d'agissements anti-concurrentiels. Les petites entreprises étaient en faveur d'une telle liste, mais d'autres milieux ont soutenu qu'il ne devrait pas y avoir de liste ou encore que cette liste devrait être exhaustive. Les tenants de la liste "incomplète" craignent que les tribunaux ne rejettent la preuve d'un comportement anti-concurrentiel qui n'est pas explicitement mentionné dans la loi, même si cela n'était pas, à l'origine, l'intention du législateur.

Défense de l'efficacité

58. Il existe un appui marqué pour une défense de l'efficacité lorsque la réduction de la concurrence sur un marché dominé par une ou plusieurs entreprises résulte d'une efficacité économique supérieure et non d'une pratique anti-concurrentielle. Le principal problème soulevé par la disposition sur la défense de l'efficacité est qu'elle pourrait ouvrir la porte aux pratiques anti-concurrentielles parce qu'à certaines occasions, il serait difficile d'établir si la réduction de la concurrence tient à une efficacité économique supérieure ou à un comportement anti-concurrentiel. En outre, les adversaires de cette disposition ont soutenu qu'il est difficile d'apprécier l'efficacité économique supérieure. Cette disposition est à l'origine de préoccupations chez certains, car elle pourrait entraîner de longs débats juridiques et créer de l'incertitude au sujet de la Loi.

Position dominante conjointe

59. Dans l'affaire Large Lamps, la cour a statué que, lorsqu'une situation révèle un comportement coordonné qui va au delà du simple parallélisme conscient, le contrôle d'une grande part ou de la totalité d'un marché peut s'appliquer conjointement à plus d'une entreprise, même si celles-ci ne sont pas affiliées. La question de savoir si la disposition sur l'abus de position dominante devrait s'appliquer seulement en situation de monopole ou également au contrôle conjoint lorsqu'il n'existe pas d'entente véritable a été soulevée. Les secteurs d'activité dominés par une seule entreprise sont très rares dans l'économie canadienne; cependant, plusieurs industries ont un niveau de concentration élevé et sont dominées par deux entreprises ou plus. Il a été allégué que si la portée de la disposition

sur l'abus de position dominante n'était limitée qu'au monopole de l'entreprise unique, cet article serait affaibli à un point tel qu'il deviendrait totalement inefficace. D'autres sont préoccupés par le fait qu'il peut être difficile de déterminer le degré de coordination nécessaire entre les entreprises pour justifier l'application de la loi à la position dominante conjointe et que, par conséquent, un comportement relevant du simple parallélisme conscient pourrait faire injustement l'objet d'un examen rigoureux. Toutefois, l'efficacité de la disposition pourrait être maintenue tout en limitant son application à la situation de l'entreprise unique. Ceci serait possible en réduisant le seuil du contrôle requis à celui exercé par un fournisseur important ou en rendant la disposition applicable lorsque la pratique est très répandue dans le marché. D'ailleurs, ces critères apparaissent dans les dispositions de la loi actuelle ayant trait à l'exclusivité, aux ventes liées et à la limitation du marché. Une autre solution possible serait d'imposer un fardeau plus lourd sur la Couronne dans les cas de position dominante conjointe.

60. Certains sont inquiets de la possibilité que des entreprises dominantes puissent avoir à faire face à des poursuites simultanées en vertu des dispositions civiles sur l'abus de position dominante et celles de nature criminelle ayant trait aux complots lorsqu'il y a des preuves reliées à une entente. Le problème perçu pourrait être éliminé par une modification technique interdisant une action judiciaire en vertu de la position dominante conjointe ou du complot lorsque des procédures, basées sur les mêmes faits, ont été intentées en vertu de l'autre article de la loi.

Résumé

61. Les questions qu'il faut étudier sont les suivantes:

a) de quelle façon une liste de pratiques devrait-elle être intégrée dans la Loi?

b) comment une défense de l'efficacité devrait-elle être structurée?

c) dans quelle mesure la disposition sur la position dominante devrait-elle s'appliquer à plus d'une entreprise?

COMPLOT

Introduction

62. Aux termes de la loi actuelle, comploter en vue de diminuer indûment la concurrence constitue un acte criminel. Deux jugements rendus à la fin des années 70 (Assurance Aetna et Sucre Atlantic) ont créé beaucoup d'incertitude en ce qui concerne l'interprétation de la Loi en rapport avec les accords inférés et l'élément de l'intention.

Accord

63. Pendant de nombreuses années, la jurisprudence a stipulé que l'existence d'un accord pouvait être démontrée à l'aide de preuves circonstancielles. Dans les cas de complots, il est rare que l'on puisse obtenir des preuves directes. Il a été allégué que le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Sucre Atlantic avait embrouillé la distinction établie auparavant par la jurisprudence entre les accords illégaux qui peuvent être inférés de preuves indirectes et le parallélisme conscient. Le dernier comportement est légal et il est courant dans les marchés concentrés ou de nature oligopolistique, surtout lorsqu'il s'agit d'un produit homogène. Certains s'inquiètent de ce qu'une modification visant à redéfinir la loi sur cette question pourrait assujettir le parallélisme conscient. La clarification de la Loi sur la question des accords inférés ne vise aucunement à interdire le comportement ci-haut mentionné. Sur ce point, on favorise généralement des modifications à la Loi qui exposeraient clairement la distinction entre un complot qui pourrait être inféré et un comportement relatif au parallélisme conscient.

Intention

64. La Loi est également obscure à l'égard de l'intention. L'essence du complot réside dans le fait de s'entendre. L'accord doit comporter une intention criminelle, ou mens rea, pour que les tribunaux puissent conclure qu'il y a eu accord. Jusqu'à récemment, il était généralement considéré comme suffisant, pour prouver qu'il y avait eu intention criminelle dans un complot, que la Couronne fasse valoir, hors de tout doute raisonnable, que les parties avaient eu l'intention de conclure un accord et avaient effectivement conclu cet accord dont l'objet était de réduire la concurrence. Cette norme a été établie, au

cours de nombreuses années, par une jurisprudence très élaborée qui considérait que, lorsque des parties à un complot concluaient un accord de ce genre, elles visaient les conséquences naturelles de l'accord.

65. Les jugements de la Cour suprême dans les affaires Sucre Atlantic et Assurance Aetna ont apparemment semé une telle confusion au sujet de cette question que certains ont estimé qu'il était dorénavant nécessaire d'établir la preuve que non seulement les parties en cause avaient l'intention de conclure et avaient effectivement conclu un accord dont l'objet était de réduire la concurrence, mais aussi qu'elles avaient l'intention d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Une telle interprétation, à laquelle l'expression "intention double" fait référence, affaiblirait sérieusement cette disposition très importante en imposant à la Couronne un fardeau si lourd qu'elle ne pourrait établir une preuve suffisante que dans des cas très exceptionnels. On a proposé comme solution possible d'adopter une disposition n'exigeant de façon explicite que "l'intention unique", afin de clarifier la Loi.

Critère de la concurrence

66. En matière de complot, on s'est souvent demandé quel critère de concurrence est pertinent. Les cours ont interprété le terme "indûment" comme définissant un effet très considérable sur la concurrence, généralement évalué en terme de part de marché. En remplaçant le mot "indûment" par un nouveau critère, la certitude émanant de la jurisprudence risque ainsi d'être perdue. Néanmoins, il peut être opportun d'indiquer plus clairement aux cours, le genre ou la nature des effets sur la concurrence que cette disposition vise à empêcher. Un certain nombre d'intéressés ont soutenu que le critère actuel de la réduction "indue" de la concurrence n'est pas un instrument adéquat face à certains genres d'accords, tels le partage du marché et la fixation des prix, lesquels ont, de toute évidence, des répercussions économiques très nuisibles et offrent rarement des bénéfices compensatoires sur le plan social. En effet, certains considèrent qu'en rapport avec de tels accords, le critère actuel engendre un fardeau trop lourd pour la Couronne. Cela soulève la question de déterminer si la Loi a besoin d'être renforcée à l'aide d'une identification précise des dommages causés à la concurrence par de tels accords. Il peut être souhaitable d'appliquer une norme différente pour ce type d'activités ou de réviser la Loi afin qu'elle soit plus efficace envers ce genre d'accords.

Amendes

67. Les amendes imposées par les tribunaux dans les poursuites en matière de complot n'ont pas suffi à assurer un effet dissuasif réel. En effet, les sociétés trouvées coupables ont été condamnées à des amendes qui ont varié beaucoup mais dont la moyenne ne constitue qu'une petite fraction de l'amende permise. Il a été proposé d'augmenter l'amende maximale actuelle de 1 million à 5 millions de dollars afin de faire clairement comprendre aux tribunaux que le Parlement considère le complot en matière de coalitions comme un crime sérieux et que les amendes imposées doivent refléter la gravité des infractions.

Exemption reliée aux exportations

68. Une grande partie de notre économie repose sur les exportations. L'actuelle exemption des exportations, prévue dans la disposition concernant les complots, représente une défense lorsque l'accord ne se rattache qu'à l'exportation de produits hors du Canada, mais prévoit des exceptions à cette défense lorsqu'il y a des répercussions précises sur le marché intérieur. Ces exceptions ont fait l'objet de critiques parce qu'elles rendaient la défense relative aux exportations trop restrictive. Les propositions précédentes ont tenté d'élargir cette défense en autorisant un plus grand éventail d'accords. Il est nécessaire de comparer les bénéfices reliés à l'accroissement des exportations engendrée par les consortiums d'exportation avec le besoin d'offrir une protection adéquate aux nouveaux venus dans le domaine des exportations et de préserver la concurrence sur le marché domestique, assurant, par le fait même, la protection des consommateurs.

Résumé

69. Pour résoudre la question de l'application de la loi, il faudra étudier attentivement les points suivants:

1) Comment une modification devrait résoudre l'ambiguïté concernant les accords inférés?

2) Déterminer si des précisions doivent être apportées aux exigences en matière de preuve d'intention dans le cas de complot, et, dans l'affirmative, de quelle façon?

3) Déterminer si le critère de la réduction indue de la concurrence doit être modifié ou clarifié?

4) De quelle façon l'effet préventif des amendes imposées en matière de complot, devrait être accru?

5) Déterminer comment les exceptions relatives à l'exportation peuvent être élargies sans constituer un échappatoire permettant l'occurence d'effets dommageables au niveau de la concurrence sur le marché domestique ou envers des concurrents canadiens.

BANQUES

Introduction

70. Les ententes délictueuses et les fusions interbancaires sont actuellement assujetties aux dispositions de la Loi sur les banques, et non à celles de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. L'article 309 de la Loi sur les banques considère comme un acte criminel en soi certains genres d'accords interbancaires, mais la disposition en matière de complot de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions n'interdit que les accords qui diminuent indûment la concurrence.

71. Les plus récentes modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions consistaient à faire passer presque tel quel l'article 309 de la Loi sur les banques à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Les fusions entre banques seraient également devenues assujetties à cette dernière loi par la simple abrogation de l'exception du paragraphe 255(5) de la Loi sur les banques. Ce transfert de compétence de l'Inspecteur général des banques au Directeur des enquêtes et recherches était fondé sur les propositions figurant dans le Livre blanc sur les activités bancaires, publié en 1976.

Rationalisation

72. La répartition actuelle des compétences relatives à l'application de la politique de concurrence aux banques a été critiquée pour ses lacunes. Un autre problème est que les banques sont traitées séparément et distinctement des autres établissements financiers concurrents, ce qui soulève des questions sur l'équité d'une telle façon d'agir. Le problème est d'autant plus présent que s'accroît la concurrence entre les banques et les autres établissements

financiers. Toutefois, la concurrence entre les différents types d'institutions financières soulève la question de la réglementation optimale des marchés financiers en général, et implique un vaste examen au niveau des politiques.

Résumé

73. La question que l'on doit examiner est la suivante:

> est-ce qu'il est opportun de rationaliser les activités d'application en assujettissant les fusions entre les banques aux dispositions de la Loi sur les coalitions et en transférant les dispositions reliées aux accords interbancaires de la Loi sur les banques à la Loi sur les coalitions?

SOCIÉTÉS DE LA COURONNE

74. Les sociétés de la Couronne fédérales et provinciales exercent une multitude d'activités commerciales et, dans de nombreux secteurs, elles détiennent une part importante du marché ou occupent même une position dominante. En outre, dans beaucoup de cas, elles concurrencent des entreprises privées. Une décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Eldorado a établi que les sociétés de la Couronne, mandataires de Sa Majesté, n'étaient pas liées par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, dans la mesure où leurs activités se déroulaient dans le cadre de leur mandat législatif. Pour des raisons d'équité, toutes les sociétés de la Couronne qui se livrent à des activités commerciales devraient être assujetties aux mêmes règles que les entreprises privées.

75. Les propositions antérieures prévoyaient à cet égard que toutes les sociétés de la Couronne qui exercent des activités commerciales en concurrence avec d'autres entreprises seraient assujetties à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, sauf si leurs activités étaient directement reliées à leurs fonctions régulatrices. Cette proposition a été critiquée parce qu'elle ne précisait pas assez clairement si, oui ou non, la loi révisée s'appliquerait à des sociétés de la Couronne particulières, et dans quelles circonstances.

76. Une solution de rechange proposée serait de dresser une liste des sociétés de la Couronne qui seraient assujetties à la loi. Toutefois, cette approche soulève

d'autres problèmes. Premièrement, la liste devrait être révisée par voie législative ou par décret du conseil chaque fois qu'il y a modification du statut juridique d'une société de la Couronne figurant sur la liste. Deuxièmement, de nombreuses sociétés de la Couronne exercent des activités commerciales tout en ayant à la fois un mandat législatif de nature non-commerciale. Le recours à une liste impliquerait de préciser lesquelles de ces sociétés ou de leurs composantes seraient assujetties ou soustraites à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

77. Il sera nécessaire de déterminer si l'application de la loi aux sociétés de la Couronne qui sont mandataires de Sa Majesté doit s'effectuer sur la base des particularités et fonctions de ces sociétés ou en ayant recours à une liste.